

VU Research Portal

De geregleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten: een vergelijking

Jansen, C.E.C.

published in

Schaarse publieke rechten
2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C. (2011). De geregleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en de verdeling van schaarse publieke rechten: een vergelijking. In F. J. van Ommeren, W. den Ouden, & C. J. Wolswinkel (Eds.), *Schaarse publieke rechten* (pp. 293-322). Boom Juridische uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

12 DE GEREGULEERDE AANBESTEDING VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN EN DE VERDELING VAN SCHAARSE PUBLIEKE RECHTEN: EEN VERGELIJKING¹

C.E.C. Jansen

1 VRAAGSTELLING EN OPZET

De initiatiefnemers van het onderzoeksproject dat de basis vormt voor de in deze bundel verschenen bijdragen, hebben mij gevraagd op de onderzoeksthematiek te reflecteren vanuit het perspectief van het gereguleerde aanbestedingsrecht. De vraag die ter beantwoording voorligt, is: hoe verhoudt zich de aanbesteding van overheidsopdrachten, meer in het bijzonder de regulering daarvan, tot het fenomeen van de verdeling van schaarse publieke rechten?

Om die vraag te kunnen beantwoorden, zal ik eerst het fenomeen van de gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten schetsen (*par. 2*). Ik doe dat, na enkele inleidende opmerkingen te hebben gemaakt (*par. 2.1*), door antwoord geven op de volgende vragen: wanneer is sprake van ‘aanbesteden’? (*par. 2.2*), wat zijn de bronnen van aanbestedingsrecht? (*par. 2.3*) en hoe verloopt een aanbestedingsproces? (*par. 2.4*). Vervolgens zal ik vergelijkenderwijs nagaan hoe de gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten zich verhoudt tot de verdeling van schaarse publieke rechten (*par. 3*). Het vertrekpunt dat ik voor die vergelijkende analyse heb gebruikt, zijn de belangrijkste generieke thema’s die in deze bundel worden geadresseerd.² Achtereenvolgens komen aan de orde het object van de verdeling (*par. 3.2*), het subject van de verdeling (*par. 3.3*), de wijze van verdeling (*par. 3.4*) en de rechtsbeginselen waarop de verdeling is gebaseerd (*par. 3.5*). Ik besteed geen afzonderlijke aandacht aan het eveneens geïdentificeerde thema van de invloed van het Europees recht.³ De belangrijkste aspecten van dat thema heb ik op verschillende plaatsen geprobeerd in te weven in de analyse van de andere zojuist genoemde thema’s.⁴ Ik zal

¹ Deze bijdrage is afgesloten op 17 januari 2011.

² Zie Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk*.

³ Zie *par. 5.5* van de bijdrage aan deze bundel van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

⁴ Zie voor een veel uitvoerigere analyse van dit thema E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschou-*

evenmin ingaan op het thema van de rechtsbescherming,⁵ aangezien de mogelijke betekenis van de aanbestedingsrechtelijke rechtsbescherming voor de verdeling van schaarse publieke rechten elders in deze bundel uitvoerig aan bod komt.⁶ Aan het einde van deze bijdrage zal ik de belangrijkste inzichten noemen die mogelijk interessant zijn voor verder onderzoek naar de thematiek van de verdeling van schaarse publieke rechten (*par. 4*).

2 SCHETS VAN DE GEREGULEERDE AANBESTEDING VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN

2.1 *Opmerkingen vooraf*

Hoewel in de praktijk ook private partijen – onverplicht – aanbestedingen initiëren,⁷ is het in de regel toch vooral de (semi-)overheid die overeenkomsten aangaat na een daartoe – al dan niet verplicht – gehouden aanbesteding. Vanuit het perspectief van het gereguleerde aanbestedingsrecht⁸ gaat het dan – kort gezegd – om het Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen,⁹ openbare lichamen en alle daaronder vallende diensten zonder eigen rechtspersoonlijkheid. Ook valt te denken aan samenwerkingsverbanden tussen deze entiteiten. Tot slot dienen de nutsbedrijven te worden genoemd die in een aantal specifieke sectoren activiteiten verrichten.¹⁰ Over de vraag welke overheden en semi-overheden – ik zal in het vervolg korthedshalve spreken van: ‘overheid’ – zich nu precies aan het gereguleerde aanbestedingsrecht dienen te houden, valt veel meer op te merken. Voor het doel van deze bijdrage is dat niet nodig en ik volsta dan ook met de zожuist gegeven opsomming.¹¹ Ook over de aard, het object en de juridische kwalificatie van overheidsopdrachten die de inzet van een aanbesteding kunnen vormen, kan vanuit het perspectief van het gereguleerde aanbestedingsrecht veel meer worden gezegd.¹² Ik

wingen naar aanleiding van het wetsvoorstel *Aanbestedingswet*. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht Nr. 38, Den Haag: IBR 2010, p. 49-119.

5 Zie *par. 5.6* van de bijdrage aan deze bundel van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

6 Zie daarvoor de bijdragen van Schueler, Buijze & Widdershoven, Van Angeren en Van Rijn van Alkemade.

7 Zie voor een bespreking daarvan C.E.C. Jansen, ‘Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?’, *Contracteren* 2010, p. 79-88 met literatuurverwijzingen.

8 Zie hierna ook *par. 2.3*.

9 Zie hierna ook *par. 3.3*.

10 Het gaat hier om entiteiten die activiteiten verrichten op het terrein van: de productie en distributie van elektriciteit, gas en warmte; drinkwatervoorziening; openbaar vervoer over land; postdiensten; winning van aardolie, gas en vaste brandstoffen; exploitatie van havens en luchthavens.

11 Zie voor een uitgebreid overzicht E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: SDU 2009, p. 37-74; M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden. Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid onder het aanbestedingsrecht*, Den Haag: Elsevier Overheid 2006, p. 42-57. Op de problematiek van de zogenoemde ‘publiekrechtelijke instellingen’ ga ik zoals gezegd nog kort in onder *par. 3.3*.

12 Zie daarvoor Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 75-131; Essers 2006, p. 57-76.

beperk me hier tot de essentie: in de kern van de zaak gaat het bij de aanbesteding van overheidsopdrachten om privaatrechtelijke overeenkomsten die betrekking hebben op het leveren van goederen, diensten of werken in de meest brede zin van het woord.¹³

Dat gezegd hebbende, zal ik in het navolgende achtereenvolgens antwoord geven op de vragen: wanneer is sprake van ‘aanbesteden’? (*par. 2.2*), wat zijn de bronnen van aanbestedingsrecht? (*par. 2.3*) en hoe verloopt een aanbestedingsproces? (*par. 2.4*). Met de beantwoording van deze vragen beoog ik een kader te bieden voor de vergelijkende analyse die ik in *par. 3* zal maken.

2.2 Wanneer is sprake van ‘aanbesteden’?

Vanuit contractueel perspectief bezien, kan het fenomeen ‘aanbesteden’ worden omschreven als een bijzondere wijze van totstandkoming van overeenkomsten.¹⁴ Kenmerkend is dat een overheid meer dan één onderneming uitnodigt om een aanbod uit te brengen met het oog op het aangaan van een overeenkomst. Daarmee is overigens nog niet gezegd dat elke vorm van marktbenadering, waarbij een overheid meer dan één onderneming tot het doen van een aanbod uitnodigt, per definitie als een aanbesteding kan worden aangemerkt.¹⁵

Om van een ‘aanbesteding’ te kunnen spreken, zal uit de uitnodiging allereerst moeten blijken dat ook een of meer andere ondernemingen *op hetzelfde moment* dezelfde uitnodiging hebben ontvangen. Bovendien zal de uitgenodigde onderneming daaruit moeten kunnen afleiden dat het de bedoeling van de overheid is de verschillende uitgenodigde ondernemingen met elkaar in *rechtstreekse competitie* te laten treden.¹⁶ Van een aanbesteding is dus geen sprake in de ‘normale’ situatie waarin een overheid – in eerste instantie althans – slechts één onderneming tot het doen van een aanbod uitnodigt. Ook in die situatie wordt uiteraard competitie opgeroepen in de zin dat die onderneming zich zal realiseren dat de kans bestaat dat de overheid het uitgebrachte aanbod terzijde schuift en alsnog naar een concurrent stapt. Competitie treedt dan echter slechts *indirect* als een verborgen, bijkomend effect op. Essentieel voor een aanbesteding is nu juist dat de overheid

13 In een beperkt aantal gevallen oefent een overheid in het kader van het aangaan en afwikkelen van een aanbestedingsverhouding geen privaatrechtelijke maar een publiekrechtelijke bevoegdheid uit. Ik denk dan bijvoorbeeld aan aanbestedingen die plaatsvinden krachtens Hoofdstuk III van de Wet personenvervoer 2000. De aanbesteding is dan niet langer meer gericht op het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst maar heeft de mogelijke totstandkoming van een bevoegdhedenovereenkomst als oogmerk.

14 Zie daarover meer uitvoerig C.E.C. Jansen, *De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenissenrechtelijk perspectief*, Den Haag: SDU 2009, p. 16-20 met literatuurverwijzingen.

15 Jansen, Preadvies NVvA 2009, p. 16-20.

16 Die competitie zal in de regel vervolgens zodanig zijn georganiseerd dat alle tot het doen van een aanbod uitgenodigde ondernemingen op hetzelfde moment een aanbod dienen uit te brengen. Zie voor een nuancering echter Jansen, Preadvies NVvA 2009, p. 19.

het optreden van dat effect doelbewust probeert te realiseren en te organiseren door in de uitnodiging – al dan niet impliciet – onder de aandacht te brengen dat ook een of meer andere ondernemingen zo'n uitnodiging hebben ontvangen. Van een aanbesteding is dan ook evenmin sprake wanneer een overheid twee of meer ondernemingen weliswaar gelijktijdig tot het doen van een aanbod uitnodigt, maar die ondernemingen ieder afzonderlijk niet weten dat zij in directe competitie met een of meer andere ondernemingen zullen treden.¹⁷

2.3 *Wat zijn de bronnen van aanbestedingsrecht?*

Wanneer een overheid voornemens is een overheidsopdracht te verstrekken, biedt het aanbestedingsrecht (kort gezegd) antwoord op de volgende vragen:

1. is de betreffende overheid in het voorliggende geval verplicht de opdracht aan te besteden?;
2. welke procedure mag zij ter uitvoering van die verplichting hanteren?;
3. hoe moet die procedure vervolgens worden voorbereid, ingericht en afgewikkeld?

In het navolgende zal ik een overzicht geven van de belangrijkste bronnen waaruit moet worden geput bij de beantwoording van deze vragen.¹⁸ Voor zover uit de in het concrete geval relevante bron(nen) een bevestigende beantwoording van de eerste vraag volgt, zal in de regel ook de beantwoording van de tweede en derde vraag aan de hand van die bronnen moeten plaatsvinden. Ook wanneer een overheid *niet* tot aanbesteden verplicht is, maar zij er toch – vrijwillig – voor kiest om daartoe over te gaan, zijn de tweede en vooral ook de derde vraag relevant. Ook voor die situatie zal ik in het navolgende daarom nagaan bij welke bronnen men dan te rade moet gaan.

Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) vormen op dit moment de kern van het gereguleerde aanbestedingsrecht.¹⁹ Wanneer een overheid het voornemen heeft een overheidsopdracht te verstrekken, is zij onder omstandigheden verplicht die aan te besteden met inachtneming van een van deze algemene maatregelen van bestuur. Kort gezegd zal een verplichting tot aanbesteden bestaan wanneer zowel de overheid als de beoogde opdracht onder de subjectieve respectievelijk objectieve werkingssfeer van het Bao of het Bass vallen.²⁰ Vervolgens is de overheid verplicht ter uitvoering van die verplichting een *aanbestedingsprocedure* te

¹⁷ Jansen, Preadvies NVvA 2009, p. 18.

¹⁸ Zie voor een meer uitvoerige bespreking van de bronnen van aanbestedingsrecht Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 11-36 en Essers 2006, p. 17-40.

¹⁹ Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 408; Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 409.

²⁰ Vergelijk ook *par.* 3.2 en *par.* 3.3 hierna.

hanteren.²¹ Daarbij heeft zij op basis van het Bao dan de vrije keuze uit hetzij de openbare hetzij de niet-openbare procedure. Slechts in uitzonderingsgevallen mag de overheid een keuze maken uit een van de andere – meer flexibiliteit biedende – procedures waarin het Bao voorziet.²² Het Bass biedt de overheid meer keuzevrijheid wat betreft de toe te passen aanbestedingsprocedure. Tot slot bieden Bao en Bass gedetailleerde regels wat betreft de inrichting en afwikkeling van de gekozen procedure. Het Bao en het Bass zijn gebaseerd op een raamwet waarmee de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in onze nationale rechtsorde is geëffectueerd.²³ Richtlijn 2004/18/EG en Richtlijn 2004/17/EG.²⁴ Ook wanneer op grond van het Bao of het Bass geen verplichting tot aanbesteden bestaat – bijvoorbeeld omdat de financiële waarde van de opdracht de in de regels genoemde drempelbedragen niet overschrijdt – kan de contracteervrijheid van de overheid echter Europeesrechtelijk zijn begrensd.

Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie zal dat laatste het geval zijn wanneer de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.²⁵ In dat geval zijn overheden namelijk verplicht, alvorens tot het aangaan van een overeenkomst over te gaan, de fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag voor de werking van de Europese Unie (WVEU) in acht te nemen, waarbij het dan in het bijzonder aankomt op de inachtneming van het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.²⁶ Of dat vervolgens ook inhoudt dat zij verplicht zijn om tot *aanbesteding* over te gaan, is niet geheel duidelijk. Enerzijds heeft het Hof van Justitie in een aantal arresten tot uitdrukking gebracht dat overheden in zo'n geval aan elke potentieel in de opdracht geïnteresseerde onderneming een passende mate van openbaarheid dienen te garanderen, zodat de markt van overheidsopdrachten wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.²⁷ Die arresten duiden sterk op het bestaan van een aanbestedingsplicht. Anderzijds is echter ook een arrest gewezen waarin het Hof van Justitie heeft verklaard dat in het hier besproken geval geen verplichting tot het houden

21 In *par.* 3.4 zal ik nog nader ingaan op de vraag hoe de *aanbestedings*procedure in het algemeen past binnen het geheel aan te onderscheiden *verdelings*procedures.

22 Hier kunnen in het bijzonder de zogenoemde onderhandelingsprocedures en de procedure van de concurrentiegericht dialoog worden genoemd.

23 Wet van 31 maart 1993 tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van produkten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten, *Stb.* 1993, 212.

24 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PB* 2004, L 134/114 en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PB* 2004, L 134/1.

25 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (SECAP), n.n.g., r.o. 21.

26 HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (SECAP), n.n.g., r.o. 20.

27 Zie HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, *Jurispr.* 2000, p. I-10745 (Teleaustria), r.o. 62 en HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *NJ* 2006, 226 (Parking Brixen), m.nt M.R.Mok, r.o. 49.

van een aanbestedingsprocedure bestaat. Tegelijkertijd is in dat arrest weer wel geoordeeld dat een overheid de verplichting zal hebben om ondernemingen in andere lidstaten in staat te stellen toegang te krijgen tot relevante informatie betreffende de beoogde opdracht zodat zij hun interesse kunnen tonen.²⁸

De onduidelijkheid die als gevolg van de hiervoor bedoelde jurisprudentie is ontstaan,²⁹ zal in de nabije toekomst deels worden weggenomen wanneer het wetsvoorstel Aanbestedingswet kracht van wet krijgt.³⁰ Overheden zullen onder de Aanbestedingswet namelijk ook tot aanbesteden moeten overgaan wanneer die verplichting weliswaar niet voortvloeit uit de in de Aanbestedingswet te (her)implementeren Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar de beoogde opdracht toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertegenwoordigt. De verplichting tot *aanbesteden* wordt voor dat geval overigens nergens expliciet in het wetsvoorstel genoemd. In art. 1.4 sub b en c is ‘slechts’ bepaald dat – kort gezegd – overheden de zogenoemde beginselen van aanbestedingsrecht³¹ van afdeling 1.2.1 ook in acht moeten nemen wanneer zij het voornemen hebben een overeenkomst te sluiten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Zij zijn in dat geval echter niet verplicht tot naleving van de uitvoerige bepalingen die staan opgenomen in de delen 2 en 3. Die bepalingen gelden namelijk alleen wanneer uitvoering wordt gegeven aan een op de Europese aanbestedingsrichtlijnen gebaseerde aanbestedingsplicht. Dat betekent onder andere dat zij evenmin verplicht zullen zijn om bij de uitvoering van hun – veronderstelde – aanbestedingsplicht een keuze te maken uit een van de in het wetsvoorstel gereguleerde aanbestedingsprocedures,³² laat staan dat zij verplicht zouden zijn bij de inrichting en afwikkeling daarvan de overige bepalingen van het wetsvoorstel in acht te nemen.³³

Wanneer de verplichting tot aanbesteden noch kan worden gebaseerd op het Bao of het Bass, noch op de hierboven genoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie, kan de contracteervrijheid van (semi-)overheden tot slot nog zijn begrensd door Beleidsregels, gemeentelijke of provinciale verordeningen of interne beleidsrichtlijnen. Dergelijke regels zouden kunnen voorzien in een verplichting van de betreffende overheid om onder bepaalde omstandigheden tot aanbesteden over te gaan. In aanvulling daarop bieden zij mogelijk

28 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *NJ* 2006, 171 (Coname), m.nt. M.R. Mok, r.o. 17-22.

29 Zie voor een kritische beschouwing Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 149-181.

30 Het demissionaire kabinet Balkenende IV heeft in de zomer van 2010 een wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet bij de Tweede Kamer ingediend waarmee een hernieuwde, toegankelijke implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen wordt beoogd ter bevordering van de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving van het gereguleerde aanbestedingsrecht, zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 1-3.

31 Zie de artikelen 1.5.1, 1.6.1 en 1.7.1. Zie hierna ook *par.* 3.5.

32 Zie daarvoor de hoofdstukken 2.2 en 3.2 van het wetsvoorstel.

33 Afgezien dus van de in afdeling 1.2.1 opgenomen beginselen. Hebly noemt het terecht een duidelijk gemis dat het wetsvoorstel niet voorziet in een eenvormige procedure voor het hier besproken geval, zie: J.M. Hebly, ‘Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid’, in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht* Nr. 38, Den Haag: IBR 2010, p. 41.

tevens een antwoord op de hierboven gestelde vragen naar de keuze, inrichting en afwikkeling van de aanbestedingsprocedure. Als voorbeeld zijn in dit verband de Beleidsregels aanbesteding van werken (BAW) te noemen.³⁴ Deze Beleidsregels regelen voor de bouwministeries zowel de verplichting tot aanbesteden als de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure buiten de in het Bao gereguleerde gevallen.³⁵ Voor wat betreft de inrichting en afwikkeling van die aanbestedingsprocedures voorziet het BAW in een verplichte toepassing van het Aanbestedingsreglement Werken (ARW 2005) waarin die procedures gedetailleerd zijn uitgewerkt.³⁶ Verplichte toepassing van het ARW 2005 geldt overigens ook wanneer de bouwministeries tot het aanbesteden van werken verplicht zijn op grond van het Bao.³⁷

Aanbestedingsrechtelijke verplichtingen kunnen voor overheden tot slot nog bestaan wanneer zij geheel onverplicht tot aanbesteden overgaan. Uitgangspunt is dat zij in dat geval bij de inrichting en afwikkeling van de door hen vrijwillig toegepaste aanbestedingsprocedure gehouden zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.³⁸ Het is algemeen erkend dat de aan het gereguleerde aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen – de beginselen van aanbestedingsrecht³⁹ – tot op zekere hoogte in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden ‘ingelezen’,⁴⁰ waarbij dan in het bijzonder aan het gelijkheidsbeginsel kan worden gedacht.⁴¹ Daarvoor moet men dan echter wel antwoord kunnen geven op de vraag *in hoeverre* aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een inhoud kan worden gegeven die vergelijkbaar is met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht.⁴² Die vraag zou men mijns inziens echter kunnen omzeilen door de onverkorte werking van de beginselen van aanbestedingsrecht rechtstreeks

34 Beleidsregels van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, de Minister van Verkeer en Waterstaat, de Staatssecretaris van Defensie en de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, nr. 2005163155, Rijksgebouwendienst, omtrent de aanbesteding van werken (Beleidsregels aanbesteding van werken 2005), *Stcrt.* 2005, 207.

35 Art. 2 t/m 5 BAW.

36 Art. 6 lid 1 BAW. Zie tevens de Bijlage bij Besluit invoering Aanbestedingsreglement Werken 2005 van 17 oktober 2005, *Stcrt.* 2005, 207.

37 Art. 6 lid 2 BAW.

38 Vooropgesteld dat met de aanbestedingsprocedure de totstandkoming van een privaatrechtelijke overeenkomst wordt beoogd, vloeit die verplichting voort uit art. 3:14 BW. Zie in deze zin HR 24 april 1992, *AB* 1992, 542 en *NJ* 1993, 232 m.nt. MS (Zeeland/Hoondert). Zie hierover ook Jansen, *Preadvies NVvA* 2009, p. 28.

39 Zie daarover hierna ook *par.* 3.5.

40 Zie daarover F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*. Oratie VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2004, p. 39 e.v.

41 Vergelijk ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 32-34. Zie ook Van Ommeren 2004, p. 45-46.

42 Zie Van Ommeren 2004, p. 44 e.v. waarin hij ingaat op die vraag.

op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelf te baseren. In dat verband zou kunnen worden gedacht aan het zorgvuldigheidsbeginsel.⁴³

Overigens denk ik dat de beginselen van aanbestedingsrecht in het geval van een onverplicht door een overheid geïnitieerde aanbesteding ook zonder tussenkomst van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur werking kunnen krijgen. Zoals ik in mijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht heb uiteengezet, wordt (ook) in het geval dat een overheid tot het aanbesteden van een privaatrechtelijke overeenkomst overgaat de rechtsverhouding tussen de overheid en ieder van de gegadigden of inschrijvers primair door het verbintenissenrecht beheerst.⁴⁴ Afhankelijk van de verbintenisrechtelijke kwalificatie die men vervolgens aan die rechtsverhouding toekent, kunnen de beginselen van aanbestedingsrecht vervolgens werking krijgen hetzij via de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetzij via de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid.⁴⁵

Ter afsluiting merk ik nog op dat wanneer een overheid onverplicht tot aanbesteden overgaat en in dat verband kiest voor het toepassen van een aanbestedingsreglement – te denken valt aan het hierboven genoemde ARW 2005 – de inrichting en afwikkeling van de aanbestedingsprocedure met inachtneming van dat reglement zal moeten plaatsvinden.⁴⁶

2.4 *Hoe verloopt een aanbestedingsproces?*

Wanneer een aanbesteder – al dan niet verplicht – kiest voor het in de markt zetten van een overeenkomst door middel van een aanbestedingsprocedure, zal hij het totale aanbe-

43 Zie art. 3:2 Awb. Deze benadering vindt steun in het arrest Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJN: BO2080 naar aanleiding van een onverplicht door de gemeente Noordwijk toegepaste aanbestedingsprocedure. In r.o. 6 overweegt het hof: 'Aangezien de Gemeente heeft gekozen voor de aannemingsvorm (bedoeld zal zijn: 'aangebestedingsvorm', CJ), behoort tot het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid, dat de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie worden nageleefd.'

44 Jansen, Preadvies NVvA 2009, p. 27-28, p. 30 en p. 45.

45 Deze laatste benadering is een aanvulling op wat ik op p. 45-46 van mijn preadvies heb geschreven over het hier besproken geval dat een overheid onverplicht tot aanbesteden overgaat en de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel – via de band van art. 3:14 BW wordt geëffectueerd. De hier gegeven aanvulling – waarbij men dus niet hoeft toe te komen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – is ontleend aan de benadering die kan worden gekozen in het geval dat een *private* entiteit onverplicht tot aanbesteden overgaat. Die benadering heb ik uitgewerkt op p. 46 en volgende van het preadvies.

46 Dat geldt natuurlijk ook wanneer een overheid op grond van – bijvoorbeeld – het Bao verplicht is een overeenkomst aan te besteden en vervolgens bij de uitvoering van die verplichting vrijwillig kiest voor toepassing van het ARW 2005. Zoals ik hierboven reeds opmerkte is toepassing van het ARW 2005 op grond van art. 6 BAW alleen verplicht voor de bouwministeries.

stedingsproces moeten voorbereiden, inrichten en afwickelen.⁴⁷ In dat kader zal de aanbesteder tal van beslissingen moeten nemen die hem uiteindelijk bij de meest geschikte onderneming met de beste offerte brengen. In het navolgende zal ik laten zien hoe zo'n aanbestedingsproces op hoofdlijnen verloopt.⁴⁸ Daarmee beoog ik een feitelijk achtergrondkader te bieden voor de analyse die in *par. 3* zal plaatsvinden.

Aan het begin van het aanbestedingsproces zal de aanbesteder het gewenste resultaat formuleren dat in zijn ogen moet zijn bereikt zodra de overeenkomst, die het onderwerp vormt van de aanbestedingsprocedure, zal zijn uitgevoerd. Dat resultaat formuleert hij in eerste instantie op hoofdlijnen in termen van kwaliteit, kosten en tijd.⁴⁹ Vervolgens zal hij die hoofdlijnen vertalen in een vraagspecificatie aan de hand van eisen. Deze eisen zullen in een later stadium de basis vormen van de aanbiedingen die de ondernemingen in het kader van de aanbestedingsprocedure zullen indienen. De onderneming die als beste uit de bus komt, zal de met haar gesloten overeenkomst vervolgens met inachtneming van die eisen dienen uit te voeren. De eisen van een vraagspecificatie kunnen tot in detail beschrijven waaraan (onderdelen van) de te leveren prestatie moet voldoen. Dat behoeft overigens niet altijd het geval te zijn: tegen de achtergrond van het resultaat dat de aanbesteder met de aanbesteding beoogt te bereiken, kunnen eisen ook in functionele termen zijn beschreven.⁵⁰

Gegeven de inhoud van de eisen van de vraagspecificatie, zal de aanbesteder vervolgens de keuze van het toe te passen gunningscriterium daarop moeten afstemmen. Met het gunningscriterium brengt de aanbesteder tot uitdrukking hoe hij straks zal gaan bepalen welke aanbieding hij het best acht. In het gereguleerde aanbestedingsrecht heeft de aanbesteder de mogelijkheid om te opteren voor hetzij het criterium van de laagste prijs, hetzij het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Vervolgens zal de aanbesteder zich moeten afvragen wat nu eigenlijk de kerncompetenties (zouden) moeten zijn waarover zijn toekomstige contractpartij dient te beschikken met het oog op de uitvoering

47 Het aanbestedingsproces – of: inkoopproces – beschouw ik als het totale proces van beslissingen die een aanbesteder neemt voorafgaande aan de totstandkoming van de beoogde overeenkomst. Een van die beslissingen betreft de keuze van de toe te passen aanbestedingsprocedure. In het kader van de uitvoering van die procedure neemt de aanbesteder vervolgens eveneens tal van relevante beslissingen. Aan de keuze van de aanbestedingsprocedure gaan echter de nodige voorbereidingsbeslissingen vooraf die bovendien ook aanbestedingsrechtelijk relevant kunnen zijn. Zie over het onderscheid nader: C.E.C. Jansen/Regieraad Bouw, *Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten*, Ede: CROW 2009, p. 30-31.

48 Zie voor een meer uitvoerige analyse van het aanbestedingsproces voor wat betreft de aanbesteding van bouwopdrachten, Jansen/Regieraad Bouw, *Leidraad* 2009 en C.E.C. Jansen/Regieraad Bouw, *Overzicht Aanbevelingen*, Ede: CROW 2009.

49 Daarbij kan het dan niet alleen gaan om de kwaliteit van het te bereiken eindresultaat – een goed, een dienst of een werk, zie *par. 2.1* – maar ook om de kwalitatieve aspecten die verband houden met het proces van contractuitvoering dat tot dat resultaat moet leiden.

50 Daarmee geeft de aanbesteder dan een bepaalde mate van oplossingsvrijheid aan de markt, hetgeen een gunstig effect kan hebben op de doelstellingen die hij uiteindelijk hoopt te verwezenlijken.

van de aan te besteden overeenkomst. De uitkomst van die analyse zal hij dienen te vertalen in een aantal eisen die hij straks kan hanteren bij de kwalitatieve beoordeling en de selectie van ondernemingen die blijk geven van hun belangstelling voor die overeenkomst.⁵¹

Wanneer de eisen van de vraagspecificatie, de gunningscriteria en de kwalitatieve geschiktheidseisen zijn geformuleerd, zal de aanbestedder door middel van een algemene bekendmaking – ik beperk me hier tot de aanbestedingen die plaatsvinden onder toepassing van het gereguleerde aanbestedingsrecht – bekendheid geven aan zijn voornemen tot aanbesteding. Met die algemene bekendmaking wordt het startsein gegeven voor de aanbestedingsprocedure. Het gereguleerde aanbestedingsrecht voorziet in verschillende procedures⁵² waarvan de niet-openbare procedure (ook wel aangeduid als de openbare aanbesteding met voorafgaande selectie) als de voor de praktijk meest relevante kan worden beschouwd. Ondernemingen die interesse hebben in het verwerven van de opdracht, melden zich aan als gegadigden. Na ontvangst van die aanmeldingen beoordeelt de aanbestedder of de aangemelde gegadigden in aanmerking komen om te worden uitgenodigd voor het doen van de daadwerkelijke inschrijving. Hij doet dat door na te gaan of een gegadigde eventueel moet worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond en/of dat de gegadigde geschikt is in de zin dat hij voldoet aan de kwalitatieve geschiktheidseisen. Als er meer geschikte gegadigden zijn dan de aanbestedder zou willen uitnodigen tot het indienen van een inschrijving, kan hij op basis van vooraf bekendgemaakte selectiecriteria het aantal uit te nodigen gegadigden beperken.⁵³ Vervolgens nodigt de aanbestedder de geschikte (en zo nodig nader geselecteerde) gegadigden – die daardoor de status krijgen van inschrijver – uit tot het indienen van een aanbieding. Na ontvangst daarvan volgt een tweede beoordelingsronde waarin de aanbestedder nagaat of de ontvangen aanbiedingen in overeenstemming zijn met de eisen van de vraagspecificatie om ten slotte vast te stellen welke van de inschrijvers de aanbidding heeft gedaan die op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt.

3 VERGELIJKEND PERSPECTIEF

3.1 *Opmerkingen vooraf*

In de navolgende paragrafen zal ik vergelijkenderwijs nagaan hoe de gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten zich verhoudt tot de verdeling van schaarse publieke rechten. Allereerst zal ik antwoord geven op de vraag of en in hoeverre overheidsopdrachten

⁵¹ Zie hierna ook *par.* 3.3.

⁵² Zie hierboven ook *par.* 2.3.

⁵³ Zie hierna ook *par.* 3.4.

voldoen aan de omschrijving van het begrip *schaarse publieke rechten* dat in deze bundel centraal staat (*par. 3.2*). Vervolgens zal ik nagaan welke lessen mogelijk kunnen worden getrokken uit (de regulering van) de aanbesteding van overheidsopdrachten voor de beantwoording van de generieke vraag wie de *verdelende instanties* zijn binnen de verdelingsprocedures en wie als *ontvanger* van schaarse publieke rechten in aanmerking kunnen komen (*par. 3.3*). In de derde plaats zal ik proberen antwoord te geven op de vraag hoe de aanbestedingsprocedure zich verhoudt tot het geheel aan te onderscheiden *verdelingsprocedures* (*par. 3.4*). Tot slot ga ik in op de vraag welke *rechtsbeginselen* ten grondslag liggen aan de gereguleerde aanbesteding van overheidsopdrachten en hoe die beginselen van aanbestedingsrecht zich mogelijk verhouden tot fenomeen van de verdeling van publieke rechten (*par. 3.5*).

3.2 *Object van de verdeling: schaarse publieke rechten*

In deze paragraaf zal ik antwoord geven op de vraag of en in hoeverre overheidsopdrachten – overeenkomsten die overheden beogen aan te gaan met betrekking tot het verkrijgen van goederen, diensten of werken – voldoen aan de omschrijving van het begrip “schaarse publieke rechten” dat in deze bundel centraal staat. Ik zal dat doen door achtereenvolgens in te gaan op de afzonderlijke elementen van dat begrip: “recht”, “publiek” en “schaars”. In het kader daarvan zal ik zijdelings nog enkele opmerkingen maken die betrekking hebben op het vraagstuk van het stellen van beperkingen aan schaarse publieke rechten voor wat betreft de duur en de overdraagbaarheid daarvan.

De omschrijving van het begrip *schaarse publieke rechten* wordt elders in deze bundel geïllustreerd met een verwijzing naar voorbeelden als parkeervergunningen, kansspelvergunningen, frequentievergunningen, milieu-emissierechten, melkquota, viscontingenten en onderzoek- en cultuursubsidies.⁵⁴ Wat deze voorbeelden met elkaar gemeen hebben, is dat de betrokken rechten door een overheid worden verdeeld en dat die rechten als gevolg van die verdeling worden verkregen door een of meer burgers. Vertaald naar het in deze bijdrage centraal staande fenomeen van overheidsopdrachten, betekent dat mijns inziens het volgende. Het object van verdeling is het recht dat een onderneming verkrijgt op basis van een met een overheid gesloten overeenkomst, als tegenprestatie voor de nakoming van de verbintenis tot levering aan diezelfde overheid van een goed, dienst of werk. In de regel zal het door de onderneming verkregen recht de betaling door de overheid van een som geld omvatten. Dat behoeft overigens niet altijd het geval te zijn. Denkbaar is bijvoorbeeld dat tegenover de verplichting tot levering van een dienst of een werk een aanspraak voor de onderneming bestaat om de daarmee gemoeide financiële investeringen

⁵⁴ Zie *par. 1* en *2* van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

terug te verdienen met de exploitatie van de betreffende dienst of het werk. Dat het object van verdeling in de kern betrekking heeft op een *betalingsrecht* dat een onderneming verkrijgt op basis van de met een overheid gesloten overeenkomst, betekent dat de problematiek van de *overdraagbaarheid*, zoals die speelt bij schaarse publieke rechten, bij de aanbesteding van overheidsopdrachten geen bijzondere kwestie is.⁵⁵ Het te verkrijgen (betalings)recht is immers een normaal vorderingsrecht dat in beginsel overdraagbaar is of met een beperkt recht kan worden bezwaard, tenzij de overheid die bevoegdheid contractueel heeft uitgesloten.⁵⁶ In de regel zal dat laatste niet in het belang van partijen zijn, aangezien daarmee de mogelijkheden voor de onderneming tot voorfinanciering van de uitvoering van de overeenkomst worden beperkt. Wel is het zo dat op de onderneming contractuele mededelingsplichten jegens de overheid kunnen rusten in het geval de onderneming tot overdracht of het bezwaren van het betalingsrecht overgaat. Uitoefening van die bevoegdheid kan bovendien onderworpen zijn aan toestemming van de overheid.

De vraag is vervolgens of en in hoeverre de hiervoor bedoelde (betalings)rechten die ondernemingen uit overheidsopdrachten verkrijgen eveneens als *publieke* rechten kwalificeren. Daarover kan ik kort zijn. Van een publiek recht is volgens de in deze bundel gehanteerde begripsomschrijving sprake wanneer die rechten door een overheid zijn verleend op grond van een daartoe toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid.⁵⁷ In de meeste gevallen waarin overheden overheidsopdrachten verstrekken met betrekking tot de levering van goederen, diensten en werken, zullen zij dat doen in het kader van de uitoefening van hun privaatrechtelijke bevoegdheid.⁵⁸ Dat betekent dat de uit die opdrachten voor ondernemingen voortvloeiende rechten in beginsel een privaatrechtelijk karakter hebben en derhalve niet binnen de reikwijdte van het begrip publieke rechten vallen. Voor de verdere analyse acht ik dat overigens niet problematisch. Integendeel, waar het uiteindelijk immers om gaat, is dat de aanbesteding door overheden van privaatrechtelijke overeenkomsten een voorbeeld is van het *verdelen* van – mogelijk schaarse – rechten. Ook de redactie van deze bundel veronderstelt – terecht denk ik – dat het gereguleerde aanbestedingsrecht een

55 Dat ligt anders voor wat betreft de tegenover dat betalingsrecht bestaande *verbintenis* van de onderneming om de contractueel overeengekomen prestatie te leveren. Allereerst is het zo dat de mogelijkheid tot nakoming van die verbintenis door een ander – bijvoorbeeld een onderaannemer – kan zijn beperkt, zie art. 6:30 BW. Daarnaast is een eventuele schuldoverneming door een derde onderworpen aan toestemming van de overheid, zie art. 6:155 BW.

56 Zie art. 3:83 lid 1 en 2 jo. art. 3:98 BW.

57 Zie *par. 2* van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

58 Soms worden overeenkomsten aangegaan op basis van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Ik denk bijvoorbeeld aan concessieovereenkomsten die overheden sluiten na een aanbesteding krachtens Hoofdstuk III van de Wet personenvervoer 2000.

inspiratiebron kan zijn voor of zelfs een belangrijke invloed kan hebben op de normering van de verdeling van schaarse *publieke* rechten.⁵⁹

Dat brengt mij tot slot bij de vraag of (betalings)rechten die ondernemingen uit privaatrechtelijke overheidscontracten verkrijgen als *schaarse* rechten kunnen worden aangeduid. Volgens de in deze bundel gehanteerde omschrijving is een publiek recht schaars als er meer aanvragers zijn dan beschikbare rechten. Dat veronderstelt dat het aantal rechten dat kan worden verleend, vooraf is beperkt. Alleen dan kan zich immers de situatie voordoen dat de totale omvang van de aanvragen het aantal beschikbare rechten overstijgt.⁶⁰ Wat betekent dat vervolgens voor de (betalings)rechten die ondernemingen uit overheidscontracten kunnen verkrijgen? Vooropgesteld moet worden dat deze rechten verkrijgbaar zijn op de markt van overheidscontracten en dat die markt uit verschillende deelmarkten bestaat. Op die (deel)markt(en) bieden een veelheid aan overheden – doorlopend – een veelheid aan rechten aan, waarvoor belangstelling bestaat bij een veelheid aan aanvragers die op hun beurt goederen, diensten en werken op diezelfde (deel)markt(en) aanbieden.⁶¹ De vraag of deze rechten schaars zijn, kan in zijn algemeenheid denk ik niet worden beantwoord nu immers sprake is van verschillende, telkens variërende marktomstandigheden die dat antwoord zullen bepalen. Wat denk ik wel kan worden gezegd, is dat een situatie van schaarste worden gecreëerd zodra een overheid er toe overgaat een overeenkomst aan te besteden. Uitzonderingen daargelaten, zullen zich in dat geval immers meer dan één onderneming melden die geïnteresseerd zijn in het verkrijgen van het uit die overeenkomst voortvloeiende (betalings)recht. Die situatie past mijns inziens dan ook binnen de kaders van de in deze bundel gebruikte definitie van schaarse rechten. Meer specifiek zou dan nog kunnen worden opgemerkt dat in zo'n situatie het door de aanbestedder gestelde plafond aan rechten op één is gesteld, aangezien met de aanbesteding uiteindelijk de totstandkoming van één overeenkomst met één aanvrager wordt beoogd waaruit één ongedeelde (betalings)recht voortvloeit. Bij deze uitspraak kunnen overigens twee kanttekeningen worden geplaatst.

Allereerst is het zo dat wanneer de aanbestedder bij de uitvoering van diens aanbestedingsplicht gebruik maakt van een aanbestedingsprocedure waarbij alleen die ondernemingen tot het doen van een aanbieding worden uitgenodigd die voldoen aan vooraf gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen,⁶² hij bij de inrichting van die procedure soms nog een tweede verschijningsvorm van schaarste in het leven roept. Uitgangspunt bij zo'n procedure is dat geïnteresseerde ondernemingen zich na de oproep tot mededinging als gegadigde

59 Zie *par. 4* van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel en eerder Van Ommeren 2004, p. 39 e.v. Zie ook op het vlak van de rechtsbescherming de bijdragen van Van Rijn van Alkemade en Buijze & Widdershoven aan deze bundel.

60 Zie *par. 1* en *2* van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel & Van Ommeren 2004, p. 2.

61 Die markt houdt als gevolg van het gereguleerde aanbestedingsrecht niet op bij onze landsgrenzen.

62 Zie hierboven *par. 2.4*.

kunnen melden en dat de aanbesteder er vervolgens toe overgaat *alle* gekwalificeerde gegadigden uit te nodigen tot het doen van een aanbieding. In zoverre doet zich dan nog geen vraagstuk van schaarste voor. De aanbesteder kan er echter toe overgaan – mits hij ook dat vooraf doet – een plafond te stellen aan het aantal (gekwaliceerde) gegadigden dat hij tot het doen van een aanbieding zal uitnodigen. De schaarste die in dat geval wordt gecreëerd, heeft echter betrekking op een ander recht dan het uit de aanbestede overeenkomst voortvloeiende *betalingsrecht*. Centraal in de zojuist geschetste tweede verschijningsvorm van schaarste staat immers het recht *om een aanbod te mogen doen* met het oog op de eventuele totstandkoming van die overeenkomst.⁶³

Een tweede opmerking die kan worden gemaakt, is dat een aanbesteding soms kan resulteren in de totstandkoming van een zogenoemde raamovereenkomst (of mantelovereenkomst) met een of meer ondernemingen.⁶⁴ Op basis van zo'n raamovereenkomst kan de aanbesteder vervolgens gedurende een bepaald tijdvak overgaan tot het sluiten van meerdere overeenkomsten tot het leveren van goederen, diensten of werken – waaruit dan evenzovele (betalings)rechten voortvloeien – met diens wederpartij(en) onder de raamovereenkomst. Wanneer die raamovereenkomst met meer dan één onderneming is gesloten, kan de aanbesteder – afhankelijk van wat de inhoud van die overeenkomst daarover bepaalt – bij het aangaan van overeenkomsten uit hoofde van die raamovereenkomst de mededinging opnieuw haar werk laten doen. In dat geval kan dus opnieuw een situatie van schaarste worden gecreëerd. Het vraagstuk van het stellen van beperkingen aan schaarse publieke rechten voor wat betreft de *duur* daarvan,⁶⁵ speelt hoofdzakelijk bij raamovereenkomsten.⁶⁶ In het geval van de verplichte aanbesteding van een raamovereenkomst op grond van het Bao, mag de looptijd van zo'n overeenkomst bijvoorbeeld niet langer dan vier jaar zijn.⁶⁷ De ratio van die beperking kan worden gevonden in het bevorderen van de mededinging.⁶⁸

63 Ik zal hierna in *par. 3.4* nog op dit gevaltype terugkomen vanuit het perspectief van de te onderscheiden verdelingsprocedures.

64 Zie daarover meer uitvoerig Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 78-84. Zie ook Essers 2006, p. 287-294 en Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 174-176.

65 Zie daarover bijvoorbeeld de bijdrage van Van Ommeren, *par. 2.3*.

66 Dat vraagstuk kan daarnaast ook spelen in het geval dat een aanbesteder, nadat hij met een onderneming een overeenkomst tot het leveren van goederen heeft gesloten en vervolgens nabestellingen wenst te plaatsen bij diezelfde onderneming. Die mogelijkheid is in het gereguleerde aanbestedingsrecht onder andere in tijd beperkt, zie art. 31 lid 2 sub b Bao. Vergelijk ook art. 31 lid 4 sub b Bao dat de bevoegdheid van de aanbesteder onder andere in tijd beperkt voor wat betreft het sluiten van een nieuwe overeenkomst met een aannemer of een dienstverlener, met wie eerder al een overeenkomst is gesloten. Binnen bepaalde grenzen bestaat die mogelijkheid wanneer het object van de nieuwe overeenkomst in feite een herhaling vormt van de dienst of het werk die op grond van de eerste overeenkomst is geleverd.

67 Zie art. 32 lid 5 Bao. Zie daarover meer uitvoerig Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 78-84. Zie ook Essers 2006, p. 287-294 en Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 174-176.

68 Essers 2006, p. 289. Zie ook de Explanatory Note van de Commissie van 24 juli 2005 (CC/2005/03), Framework Agreements Classic Directive, p. 5.

3.3 *Subject van de verdeling*

Een van de generieke vragen die in deze bundel centraal staan, is de vraag wie de *verdelende instanties* zijn binnen de verdelingsprocedures en wie als *ontvanger* van schaarse publieke rechten in aanmerking kunnen komen.⁶⁹ In deze paragraaf zal ik proberen antwoord te geven op de vraag welke lessen in dat verband mogelijk kunnen worden getrokken uit (de regulering van) de aanbesteding van overheidsopdrachten.

Hierboven heb ik al aangegeven welke overheden op grond van het gereguleerde aanbestedingsrecht tot aanbesteden verplicht kunnen zijn.⁷⁰ Een van de problemen die zich bij de naleving van het gereguleerde aanbestedingsrecht hebben voorgedaan en nog altijd voordoen – zij het in mindere mate – is dat overheden hun aanbestedingsplicht proberen te ontlopen door de hoedanigheid aan te nemen van een entiteit die niet voldoet aan de criteria die op grond van de regulering vervuld moeten zijn om een verplichting tot aanbesteden te kunnen vaststellen. Het meest problematische aspect dat in dit verband denk ik kan worden genoemd, is dat het lange tijd onvoldoende duidelijk is geweest wanneer nu eigenlijk sprake is van een “publiekrechtelijke instelling”. Het gereguleerde aanbestedingsrecht stelt – kort gezegd – dat het moet gaan om een entiteit die rechtspersoonlijkheid heeft en die specifiek is opgericht met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang en waarin – bijvoorbeeld – het Rijk, een gemeente, provincie, waterschap of een daaronder ressorterende dienst een overwegende mate van invloed heeft, hetzij in financiële hetzij in bestuurlijke of toezichthoudende zin.⁷¹ Deze complexe omschrijving bevat tal van begrippen die inmiddels weliswaar zijn verduidelijkt door het Hof van Justitie,⁷² maar dat jarenlang durende proces heeft veel voeten in aarde gehad. Dat betekent dat er op dit terrein lange tijd rechtsonzekerheid heeft bestaan, met alle nadelige gevolgen van dien. De les die hieruit mijns inziens kan worden getrokken, is deze. Wanneer men de verdeling van schaarse publieke rechten op de een of andere manier wenst te reguleren, is het zaak om door middel van scherpe normen helder te maken welke entiteiten in dat kader verplicht zijn tot het toepassen van een op verdeling gerichte procedure. De ervaring leert dat de normadressaat eventuele onduidelijke normen niet welwillend zal interpreteren om aldus zelf tot een door de normsteller beoogde verdelingsplicht in het concrete geval te concluderen.

Een tweede opmerking die ik zou willen maken met betrekking tot de overheid als verdelende instantie heeft betrekking op het elders in deze bundel aangesneden vraagstuk van

⁶⁹ Zie *par.* 5.2 van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel.

⁷⁰ Zie *par.* 2.1.

⁷¹ Zie thans bijvoorbeeld art. 1 sub q Bao.

⁷² Zie voor een uitvoerige analyse Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 39-59 en Essers 2006, p. 43-53.

de overheid op afstand.⁷³ In gevallen waarin de overheid een verdelingsprocedure initieert – waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan de verdeling van cultuur- en onderzoek-subsidies – laat de praktijk zien dat het lang niet altijd de overheid zelf is die beslist over de uiteindelijke verdeling van schaarse rechten. Daaraan kunnen verschillende beleidsmatige overwegingen ten grondslag liggen waarvan de belangrijkste zijn: gebrek aan expertise, behoefte aan draagvlak en onafhankelijkheid. Vanuit de ervaringen met (de regulering van) de aanbesteding van overheidsopdrachten kan hierover het volgende worden opgemerkt.

Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende overheid die zich bij de beoordeling van de ontvangen aanbiedingen laat adviseren door derden, materieel weliswaar in meer of mindere mate op afstand komt te staan doch formeel eindverantwoordelijk blijft voor de juiste toepassing van de regels en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Formeel ‘beslist’ de overheid en niet de ingeschakelde adviseur(s). Het hiervoor gesignaleerde fenomeen doet zich in het bijzonder voor bij de aanbesteding van architecten- en ontwerp-diensten, waarbij de uiteindelijke keuze voor het ‘beste’ ontwerp mede wordt bepaald op basis van esthetische kenmerken van de aangeboden ontwerpen.⁷⁴ Aanbestedingsrechtelijk is het toegestaan esthetica als (sub)criterium mee te laten wegen binnen het grotere geheel van het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving.⁷⁵ Het probleem is natuurlijk dat een aspect als esthetica – hoewel vertaald in objectieve en eenduidig geformuleerde criteria – niet altijd gemakkelijk objectief te meten is. Dat komt omdat de beoordeling tevens afhankelijk is van de subjectieve mening van degene die de beoordeling uitvoert. Om die beoordeling toch zo geobjectiveerd mogelijk te laten plaatsvinden, zijn in de praktijk een aantal ‘best practices’ ontwikkeld waaruit mogelijk lering kan worden getrokken bij de regulering van het verdelen van schaarse publieke rechten.⁷⁶ De bij die verdeling betrokken overheid doet er allereerst verstandig aan die beoordeling niet door één beoordelaar maar bijvoorbeeld door een panel van ten minste drie beoordelaars te laten verrichten. Ook overigens dient het panel uit voldoende leden te bestaan zodat het gemiddelde van de panelbeoordeling voldoende betrouwbaar is. Belangrijk is het om de samenstelling zodanig te kiezen dat de belanghebbenden evenwichtig vertegenwoordigd zijn zodat persoonlijke voorkeuren zo min mogelijk doorslaggevend zijn. Daarnaast wordt aangeraden te zorgen voor de aanwezigheid van voldoende verschillende competenties

73 Zie in het bijzonder de bijdrage van Jacobs & Den Ouden, waarover ook *par. 5.2* van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden en Wolswinkel.

74 Andere voor de aanbesteder relevante waardeaspecten die in dit verband zouden kunnen worden genoemd, zijn: vertrouwen, toekomstwaarde, belevingswaarde en architectonische waarde, zie: CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede: CROW 2007, p. 15.

75 Zie de toelichting op art. 54 lid 1 sub b Bao die in de lijn ligt van art. 53 lid 1 sub a Richtlijn 2004/18/EG en art. 55 lid 1 sub a Richtlijn 2004/17/EG.

76 Zie Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 315-316 en 331. Vergelijk ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 433.

binnen het panel. Om te waarborgen dat de panelbeoordeling op objectieve en uniforme wijze wordt uitgevoerd, wordt verder aanbevolen het panel te laten bestaan uit onafhankelijke leden. Tot slot wordt aanbevolen de beoordelingspanels te laten werken op anonieme basis van de aanvragen. Daarbij valt te denken aan het laten indienen van de aanvragen op blanco papier, zonder (bedrijfs)logo's, zodat wordt voorkomen dat de beoordelaars zich laten beïnvloeden door hun ervaringen met de desbetreffende aanvrager.

Dat brengt mij bij een derde en laatste opmerking die ik zou willen maken met betrekking tot de overheid als verdelende instantie en die eveneens in de sleutel van het vraagstuk van de overheid op afstand valt te plaatsen. De laatste jaren is bij de aanbesteding van overheidsopdrachten het inzicht gegroeid dat overheden er vanuit een oogpunt van doelmatigheid niet altijd verstandig aan doen de door de 'winnende' aanbieder te leveren prestatie in de vraagspecificatie tot in detail te omschrijven. Soms is het beter om wat betreft de 'oplossing' van de vraag juist meer vrijheid aan de markt te laten met het oog op een zo optimaal mogelijk resultaat van de aanbestedingsprocedure en de daarop volgende contractuitvoering. Dat kan dan gebeuren door in de vraagspecificatie niet langer meer (technische) eisen op te nemen die gedetailleerd voorschrijven 'hoe' de vraag moet worden opgelost, maar in plaats daarvan te kiezen voor (functionele) eisen die voorschrijven 'wat' er uiteindelijk moet worden geleverd.⁷⁷ Ik kan niet goed beoordelen of en in hoeverre dit inzicht mede relevantie heeft voor de verdeling van schaarse publieke rechten, maar wilde het hier niet onvermeld laten.

Dat brengt mij bij het tweede subject binnen de verdelingsprocedure: de *ontvanger* van schaarse publieke rechten. Tegen de achtergrond van wat daarover elders in deze bundel wordt gesteld, zou ik daar het volgende over willen opmerken.⁷⁸ Wanneer de aard van het te verdelen recht en de doelstellingen die de verdelende instantie uiteindelijk met de verdelingsprocedure beoogt te bereiken daartoe aanleiding geven, kan het verstandig zijn te kiezen voor een wijze van verdeling die relevantie toekent aan de kwaliteit van de aanvrager. In het kader van de uitvoering van overheidscontracten voor de levering van goederen, diensten en werken wordt dat aspect van groot belang geacht. Dat is ook de reden waarom voor dat aspect veel aandacht is bij de (regulering van de) voorbereiding, inrichting en afwikkeling van de aanbesteding van overheidscontracten. Ik begrijp dat ook voor de verdeling van (sommige) schaarse publieke rechten kenmerkend is dat aanvragers van die rechten aan allerlei criteria moeten voldoen. Anderzijds wordt gesignaleerd dat de kring van mogelijke aanvragers van te voren al zo ver is afgebakend – al dan niet door middel van regulering – dat daarmee de uitkomst van de verdeling feitelijk al vooraf is bepaald.

⁷⁷ Dit is een van centrale principes die ten grondslag liggen aan en verder uitgewerkt zijn in de Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten, zie Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009.

⁷⁸ Zie *par.* 5.2 van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

Vanuit de optiek van de aanbesteding van overheidsopdrachten kan daarover het volgende worden opgemerkt.

Ten eerste geldt als uitgangspunt in het gereguleerde aanbestedingsrecht dat wanneer een overheidsaanbesteder zijn voornemen tot het aangaan van een overheidscontract door middel van een algemene aankondiging van een aanbestedingsprocedure kenbaar maakt, elke onderneming daarop kan reflecteren. De aanbesteder kan een onderneming niet op voorhand afhouden van het kenbaar maken van haar belangstelling voor het betreffende contract. Dat laat onverlet dat de aanbesteder – naast de dwingendrechtelijke uitsluitingsgronden – in de aankondiging ook facultatieve uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen mag stellen waaraan een onderneming zal moeten voldoen om aan de aanbestedingsprocedure te kunnen (blijven) deelnemen. Voor wat betreft de kwalitatieve geschiktheidseisen – want die zijn in de praktijk het meest relevant – is het vervolgens zo dat die eisen niet in het gereguleerde aanbestedingsrecht zelf zijn geformuleerd. In plaats daarvan zijn alleen de juridische kaders gesteld waarbinnen de aanbesteder zal moeten blijven bij het formuleren van die eisen. Om te beginnen mogen alleen eisen worden gesteld aan de economische en financiële draagkracht en aan de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van ondernemingen. Daarnaast dienen de eisen die in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen gelijke toegang tot de aanbestedingsprocedure te bieden, objectief duidelijk en proportioneel te zijn. Dat laatste houdt in dat de gestelde eisen verband moeten houden met en in verhouding moeten staan tot het voorwerp van de aanbesteding: de prestatie die uiteindelijk onder het beoogde overheidscontract zal moeten worden uitgevoerd. Belangrijk is bovendien dat wanneer een aanbesteder gebruik maakt van een aanbestedingsprocedure waarbij voorafgaande aan de aanbiedingen een kwalitatieve selectie plaatsvindt uit de ondernemingen die zich als gegadigde hebben gemeld, die selectie in beginsel ten minste vijf gekwalificeerde ondernemingen zal moeten opleveren.⁷⁹ Slaagt de aanbesteder daar niet in, dan mag hij ook een beperkter aantal gekwalificeerde gegadigden tot het doen van een aanbieding uitnodigen zo lang het aantal uitgenodigde partijen maar volstaat om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Wanneer een aanbesteder er niet in slaagt ten minste vijf gekwalificeerde ondernemingen te identificeren, dan kan dat een – in rechte verder te onderbouwen – indicatie zijn dat de gestelde eisen disproportioneel zijn.

Het in het gereguleerde aanbestedingsrecht geldende uitgangspunt dat kwalitatieve geschiktheidseisen proportioneel moeten zijn, biedt wellicht ook inzichten voor een oplossing van het vraagstuk van nieuwkomers voor wie het lastig kan zijn om toe te treden tot een markt waarop schaarse publieke rechten worden verdeeld.⁸⁰ Het is overheidsaan-

⁷⁹ Zie art. 44 lid 5 Bao.

⁸⁰ Zie daarover in de context van andere schaarse (publieke) rechten bijvoorbeeld ook de bijdrage van Van Ommeren aan deze bundel, *par. 3.2 sub a*.

besteders toegestaan om bij het stellen van geschiktheidseisen van ondernemingen te verlangen dat zij – ten bewijze dat zij voldoende zijn gekwalificeerd – opgave doen van overeenkomsten die zij in het verleden hebben uitgevoerd. In dat verband mogen aanbesteders eisen dat de prestaties die in het kader van die referentieovereenkomsten zijn verricht, naar hun aard vergelijkbaar zijn met de prestaties die onder de aanbestede overeenkomst worden verlangd. Aanbesteders handelen echter disproportioneel wanneer zij daarenboven eisen dat de financiële waarde van zo'n referentieovereenkomst ten minste even groot is – zo niet groter – als de waarde van de overeenkomst die onderwerp van de aanbesteding is. In het kader van de aanbesteding van bouwcontracten wordt bijvoorbeeld als uitgangspunt gehanteerd dat de aanneemsom van een referentieproject maximaal 60% van de raming van de aanbestede opdracht mag bedragen.⁸¹ Daarmee krijgen ook nieuwkomers de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor die opdracht. Het is ook bij de aanbesteding van overheidsopdrachten overigens een gegeven dat aanbesteders het liefst (zouden willen) contracteren met ondernemingen met wie zij in het verleden goede ervaringen hebben opgedaan en met wie zij als gevolg daarvan mogelijk zelfs een vertrouwensband hebben opgebouwd.⁸² Dat kan echter geen reden zijn om bij de uitvoering van hun aanbestedingsbeleid – binnen het kader van de geldende regulering – nieuwkomers op achterstand te zetten. Wat zij zouden kunnen doen – en die aanbeveling is mogelijk ook relevant in het kader van de verdeling van schaarse publieke rechten – is dat zij hun positieve ervaringen met bepaalde ondernemingen vertalen naar objectief duidelijke geschiktheidseisen. Een inzicht dat bij de aanbesteding van overheidsopdrachten is geboekt en dat tot slot nog relevant kan zijn voor de verdeling van schaarse publieke rechten, is het volgende. Verdelende instanties doen er verstandig aan zich vooraf goed af te vragen wat nu eigenlijk de kerncompetenties zouden moeten zijn waarover aanvragers van rechten dienen te beschikken, gelet op de doelstellingen die zij uiteindelijk beogen te bereiken met hun verdelingsprocedures. Met inachtneming van de geldende regulering dient de uitkomst van *die* analyse uiteindelijk bepalend te zijn voor de inrichting van de eisen die ten aanzien van de kwalitatieve geschiktheid aan aanvragers worden gesteld.⁸³

81 Vergelijk Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 289-290. Dit gezichtspunt is niet in de regulering zelf terug te vinden, maar is gebaseerd op ontwikkelingen in de jurisprudentie die ook ten grondslag hebben gelegen aan het(zelfde) percentage dat werd genoemd in een concept Besluit aanbestedingen. Dat besluit zou worden gebaseerd op het op 8 juli 2008 door de Eerste Kamer verworpen wetsvoorstel Aanbestedingswet, een voorloper dus van het in *par.* 2.3 genoemde nieuwe wetsvoorstel dat in de zomer van 2010 bij de Tweede Kamer is ingediend.

82 Zie daarover in de context van andere schaarse (publieke) rechten bijvoorbeeld ook de bijdrage van Van Ommeren, *par.* 3.2 *sub a.*

83 Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 250.

3.4 Wijze van verdeling

In deze paragraaf zal ik, mede naar aanleiding van wat Wolswinkel daarover elders in deze bundel betoogt, ingaan op de vraag hoe de aanbestedingsprocedure zich verhoudt tot het geheel aan te onderscheiden verdelingsprocedures, waarvan de belangrijkste zijn: volgorde van binnenkomst, loting, veiling en vergelijkende toets.⁸⁴ Wolswinkel kiest bij het maken van dat onderscheid het verdelingscriterium als belangrijk onderscheidend criterium. Tegen de achtergrond daarvan stelt hij – terecht denk ik – dat het niet zinvol is om de aanbesteding als afzonderlijke verdelingsprocedure te onderscheiden. Afhankelijk van het gehanteerde verdelingscriterium – het gunningscriterium – zal een aanbestedingsprocedure volgens hem namelijk als een veiling, een vergelijkende toets of een combinatie van beide procedures moeten worden aangemerkt. Wat betreft het door een aanbesteder gehanteerde gunningscriterium, onderscheidt hij vervolgens een drietal mogelijkheden: (i) laagste prijs; (ii) economisch meest voordelige inschrijving, waarbij prijs *niet* als (sub)criterium wordt gehanteerd en de beoordeling louter plaatsvindt op basis van kwalitatieve aspecten van de aanbidding; (iii) economisch meest voordelige inschrijving, waarbij prijs *wel* als (sub)criterium wordt gehanteerd naast een aantal kwalitatieve aspecten van de aanbidding. In het eerste geval is volgens Wolswinkel sprake van een (omgekeerde) veiling. In het tweede geval dient de aanbestedingsprocedure als een vergelijkende toets te worden gekwalificeerd, terwijl in het derde geval sprake is van een combinatie van een veiling en een vergelijkende toets.

Wat dat derde gevaltype betreft, rijst de vraag hoe – tegen de achtergrond van de inrichting en toepassing van de gunningssystematiek – de combinatie tussen de veiling en de vergelijkende toets precies moet worden begrepen. Als ik het goed zie, benadert Wolswinkel het derde gevaltype als volgt. Voor zover bij de toepassing van het gunningscriterium de beoordeling plaatsvindt op grond van het (sub)criterium *prijs*, kan de procedure als een (omgekeerde) veiling worden gekwalificeerd.⁸⁵ Voor zover de beoordeling – daarnaast – plaatsvindt op basis van kwalitatieve aspecten van de aanbidding, kan de procedure als een vergelijkende toets worden beschouwd.⁸⁶ Deze benadering veronderstelt dat bij de toepassing van het gunningscriterium twee afzonderlijke deelbeoordelingen van de ontvangen aanbiedingen plaatsvinden: een beoordeling op basis van prijs en een kwalitatieve beoordeling. Die benadering geeft echter geen antwoord op de vraag hoe op basis van de uitkomsten van die twee deelbeoordelingen wordt bepaald welke plaats een individuele aanbidding

84 Zie in het bijzonder de bijdrage aan deze bundel van Wolswinkel *par.* 3.5 en ook *par.* 5.3 van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel en Van Ommeren 2004, p. 9 e.v.

85 Die benadering is immers consistent met die welke voor het *eerste* gevaltype is gekozen.

86 Die benadering is immers consistent met die welke voor het *tweede* gevaltype is gekozen. Overigens komt dat tweede gevaltype in de praktijk niet of nauwelijks voor: ook wanneer een aanbesteder kiest voor het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, zal prijs als (sub)criterium in de regel altijd een rol blijven spelen.

in de uiteindelijke rangorde krijgt en – vooral – wat het antwoord op *die* vraag vervolgens betekent voor de kwalificatie van de aanbestedingsprocedure binnen het geheel aan te onderscheiden verdelingsprocedures. Deze vragen kunnen mijns inziens als volgt worden beantwoord.⁸⁷

Het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving wordt gevormd door een aantal (sub)criteria in onderlinge samenhang, waarvan prijs er dan één is. Een aanbestedder zal vooraf duidelijk moeten maken hoe die samenhang er precies uit ziet. Op grond van het gereguleerde aanbestedingsrecht is hij verplicht om vooraf het relatieve gewicht dat hij toekent aan elk (sub)criterium – de zogenoemde wegingscoëfficiënten – te expliciteren in objectieve termen. De regels schrijven de aanbestedder niet dwingend voor welke systematiek hij daarbij moet hanteren, zo lang die systematiek maar objectief en eenduidig is. Aangezien de kwalitatieve aspecten van de aanbiedingen zullen worden beoordeeld in combinatie met de aangeboden prijs, met als doel tot een ranking te komen, zullen ook die kwalitatieve aspecten voldoende specifiek en objectief meetbaar moeten zijn. Daarvoor zijn vele methoden toepasbaar, waarbij in het bijzonder aan de volgende kan worden gedacht. Allereerst is het mogelijk de waardering voor de verschillende kwalitatieve aspecten van een aanbieding te vertalen naar (rapport)cijfers. In de tweede plaats is het mogelijk door middel van monetarisering de kwalitatieve waarde van een aanbieding te vertalen naar euro's. De uitkomsten die bij de toepassing van deze methoden worden verkregen, moeten vervolgens worden gekoppeld aan de beoordeling van de prijs om aldus de economisch meest voordelige inschrijving definitief te kunnen bepalen. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren door de verkregen uitkomst in cijfers of euro's te verminderen met de prijs of te delen door de prijs.⁸⁸ Aldus beschouwd vindt de eindbeoordeling dan plaats op basis van een rekenkundige vergelijking tussen cijfers of bedragen, net zoals dat gebeurt in het eerste hiervoor genoemde gevaltype waarin een rekenkundige vergelijking plaatsvindt tussen de aangeboden prijzen. De vraag is of het derde gevaltype daarmee niet meer weg heeft van een (omgekeerde) veiling dan van een vergelijkende toets. Men zou wellicht ook kunnen stellen dat – gezien vanuit het perspectief van te onderscheiden verdelingsprocedures – in de kern sprake is van een (omgekeerde) veiling doch dat de vergelijkende toets ten aanzien van de door de ondernemingen aangeboden kwaliteit van de aanbiedingen daar een onderdeel van vormt.⁸⁹

87 Zie Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 307-308 en 325-327. Zie ook CROW-publicatie 253, *Gunnen op waarde: hoe doe je dat? Praktische handreiking voor bouwopdrachten*, Ede: CROW 2007, p. 9-11, 13, 29-31, 33-35.

88 Ook daarvoor zijn weer verschillende mogelijkheden denkbaar, zie Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 326.

89 En dat zou dan ook de benadering zijn die voor het tweede onderscheiden gevaltype zou kunnen worden gevolgd.

In aanvulling op het voorgaande kan nog het volgende worden opgemerkt. Het te verdelen schaarse recht waar het bij een aanbesteding in de regel om gaat – en daar ziet ook de analyse van Wolswinkel op – is het (betalings)recht dat uiteindelijk wordt toegekend aan de onderneming die als beste uit de bus komt. Hierboven vermeldde ik echter al dat een aanbesteder soms ook nog een tweede verschijningsvorm van schaarste in het leven roept.⁹⁰

Dat geval doet zich voor wanneer hij gebruik maakt van een aanbestedingsprocedure waarbij hij enerzijds te kennen geeft dat alleen de ondernemingen die voldoen aan vooraf gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen, in beginsel voor een uitnodiging tot het doen van een aanbieding in aanmerking kunnen komen en waarbij hij anderzijds een plafond stelt aan het aantal (gekwaliceerde) ondernemingen dat zo'n uitnodiging zal ontvangen. De schaarste die in dat geval wordt gecreëerd, heeft betrekking op het recht *om een aanbod te mogen doen* met het oog op de eventuele totstandkoming van de aanbestede overeenkomst. Ook hier doet zich een vraagstuk van verdeling voor en zal – wederom op basis van het gehanteerde verdelingscriterium – de aard van de verdelingsprocedure dienen te worden bepaald.⁹¹

De in de aanbestedingspraktijk meest gebruikte methode om tot een selectie van de ondernemingen te komen die tot het doen van een aanbod worden uitgenodigd, is de volgende. Nadat de aanbesteder door toepassing van de kwalitatieve geschiktheidseisen heeft vastgesteld dat er meer geschikte gegadigden overblijven dan het maximumaantal dat in de aankondiging is aangegeven, gaat hij over tot een nadere selectie – ook wel 'shortlisten' genoemd – op basis van afzonderlijke selectiecriteria die eveneens verband houden met de kwalitatieve geschiktheid van die gegadigden. Aan de hand daarvan stelt hij een rangorde vast – in afnemende volgorde van geschiktheid – en nodigt hij het aantal meest geschikte gegadigden uit tot het doen van een aanbod, corresponderend met het vooraf aangekondigde aantal.⁹² Bij deze wijze van verdeling geldt als verdelingscriterium de mate van geschiktheid van de gegadigde ondernemingen, welke wordt vastgesteld na een onderlinge vergelijking van die geschiktheid. Aldus beschouwd valt deze wijze van verdeling dan ook te karakteriseren als een vergelijkende toets.

Het kan echter ook anders. De aanbesteder zou de nadere selectie ook kunnen laten plaatsvinden door middel van loting,⁹³ waarbij het lotnummer dan als het verdelingscrite-

⁹⁰ Zie par. 3.2.

⁹¹ Voor de duidelijkheid: van de toepassing van een verdelingsprocedure is dus géén sprake wanneer een aanbesteder aan de hand van kwalitatieve geschiktheidseisen nagaat welke ondernemingen wel of niet geschikt zijn en hij vervolgens *alle* geschikte gegadigden uitnodigt tot het doen van een aanbod. In dat geval is het recht om te mogen bieden immers niet schaars en behoeft er geen verdeling (van een schaars recht) plaats te vinden.

⁹² Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 342. Vergelijk ook Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 281.

⁹³ Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 342; Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 280; Essers 2006, p. 173.

rium geldt en de loting als zodanig als verdelingsprocedure kan worden aangemerkt.⁹⁴ Wat dan – mede gelet op de analyse van Wolswinkel – mijns inziens interessant is, is dat de loting als verdelingsprocedure hier op een zeer bijzondere manier wordt gebruikt in de specifieke context van een aanbestedingsprocedure. In de regel wordt de loting immers toegepast hetzij als zelfstandige verdelingsprocedure, hetzij als ‘afrondingsprocedure’ in combinatie met en in het kader van de *voltooing* van een (andere) verdelingsprocedure, zoals de veiling en de vergelijkende toets. Wat we hier echter zien gebeuren, is dat de loting weliswaar eveneens wordt gebruikt in combinatie met een andere verdelingsprocedure maar in feite aan de toepassing van die procedure *voorafgaat*.⁹⁵ Deze bijzonderheid kan mogelijk worden verklaard door de omstandigheid dat in het hier besproken gevaltype niet één maar twee schaarse rechten worden verdeeld: het recht om te mogen bieden op een overeenkomst én het betalingsrecht dat uit die overeenkomst voortvloeit. Vanuit dat perspectief beschouwd zou men de nadere selectie – hetzij door loting, hetzij door middel van een vergelijkende toets – met als inzet het recht om een aanbod te mogen doen, wellicht als een zelfstandige verdelingsprocedure kunnen beschouwen. Na afronding daarvan start dan een nieuwe verdelingsprocedure die als inzet het schaarse betalingsrecht heeft. Beide op zichzelf staande verdelingsprocedures zijn vervolgens nauw met elkaar verbonden in die zin dat zij worden afgewikkeld onder de paraplu van een en dezelfde aanbestedingsprocedure. Deze benadering bevestigt nog eens de stelling van Wolswinkel dat het niet zinvol is de aanbesteding als *afzonderlijke* verdelingsprocedure te onderscheiden.

3.5 *Rechtsbeginselen en de verdeling*

Ik roep in herinnering wat de vragen zijn waarmee een overheid vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief wordt geconfronteerd wanneer zij voornemens is een overheidsopdracht te verstrekken:⁹⁶

1. is de betreffende overheid in het voorliggende geval verplicht de opdracht aan te besteden?;
2. welke procedure mag zij ter uitvoering van die verplichting hanteren?;
3. hoe moet die procedure vervolgens worden voorbereid, ingericht en afgewikkeld?

⁹⁴ Vergelijk ook *par.* 3.2 van de bijdrage van Wolswinkel.

⁹⁵ En in feite is dat ook wat gebeurt wanneer de aanbesteder de nadere selectie niet laat plaatsvinden door middel van loting, maar door middel van de hierboven eveneens besproken vergelijkende toets waarbij de mate van geschiktheid van de gegadigden wordt bepaald.

⁹⁶ Zie *par.* 2.3.

Welke rol spelen de beginselen van aanbestedingsrecht bij de beantwoording van deze vragen in het concrete geval? Die vraag zal ik in deze paragraaf proberen te beantwoorden.⁹⁷ Daarbij zal ik op onderdelen proberen de verbinding te leggen met het in deze bundel geadresseerde vraagstuk van de betekenis van rechtsbeginselen voor de verdeling van schaarse publieke rechten.⁹⁸

Ik begin met de betekenis van de beginselen van aanbestedingsrecht voor de eerste hierboven gestelde vraag. Wanneer een overheid het voornemen heeft een overheidsopdracht te verstrekken en zij op grond van Europees recht verplicht is die opdracht aan te besteden,⁹⁹ heeft de aanbestedingsplicht een economische achtergrond die verband houdt met de doelstellingen van het Verdrag voor de werking van de Europese Unie (WVEU). De beoogde opdracht vertegenwoordigt namelijk een zodanige financiële waarde dat mag worden aangenomen dat ook ondernemingen die in andere lidstaten van de EU zijn gevestigd, mogelijk in die opdracht zijn geïnteresseerd. Het publieke belang dat in deze gevallen in het geding kan zijn, is het belang van de verwezenlijking van het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten van de EU, het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging binnen de EU. Dat publieke belang wordt niet dan wel onvoldoende gerealiseerd wanneer de betrokken overheid haar inkoopbeleid zodanig zou mogen inrichten dat alleen ondernemingen uit de lidstaat waartoe zij zelf behoort tot het doen van een aanbod zouden worden uitgenodigd. Zou de overheid dat wel doen, dan zou zij in strijd handelen met het verbod van discriminatie naar nationaliteit.¹⁰⁰ Om de naleving van dat verbod te effectueren en te controleren, is de betrokken overheid tot transparantie verplicht. Die transparantieverplichting houdt in dat de overheid haar voornemen om een opdracht te verstrekken op een zodanige wijze openbaar moeten maken, dat alle binnen de Unie gevestigde ondernemingen hun belangstelling voor die opdracht kenbaar kunnen maken. Voor zover deze verplichting tot transparantie voortvloeit uit de Europese aanbestedingsrichtlijnen, staat buiten kijf dat de naleving daarvan gepaard moet gaan met de naleving van de verplichting tot het bieden van een gelijke kans op het verwerven van de opdracht aan alle ondernemingen die vervolgens van hun belangstelling blijk hebben gegeven.¹⁰¹ Of dat laatste ook moet gebeuren wanneer de hier bedoelde verplichting tot transparantie (enkel) voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, is niet geheel duidelijk.¹⁰²

97 Over het antwoord op de vraag welke beginselen ten grondslag liggen aan het (gereguleerde) aanbestedingsrecht, is al veel geschreven. Zie bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 29 e.v. Zie ook de bijdragen aan deze bundel van Van Ommeren en van Drahmman.

98 Zie *par. 5.4* van de bijdrage van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel.

99 Zie *par. 2.3*. Die verplichting kan dus hetzij voortvloeien uit de in het Bao en het Bass geïmplementeerde Europese aanbestedingsrichtlijnen, hetzij uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

100 Art. 10 WVEU.

101 De overheid moet dat dan doen door uitvoering te geven aan een aanbestedingsprocedure.

102 Zie daarover ook *par. 2.3*, waar de vraag aan de orde komt of die laatste verplichting dan dient te worden geoperationaliseerd door de opdracht aan te besteden.

Anderzijds kan in het licht van de doelstellingen van het WVEU worden betoogd dat, zodra de verplichting tot transparantie eenmaal als een gegeven moet worden beschouwd, niet goed valt in te zien hoe moet worden omgegaan met ondernemingen die van hun belangstelling blijk hebben gegeven, anders dan door die ondernemingen dezelfde gelijke kansen op het verwerven van de opdracht te bieden.¹⁰³

Deze laatste benadering leidt qua uitkomst tot hetzelfde resultaat als de door Van Ommeren in deze bundel gevolgde benadering met betrekking tot schaarse publieke rechten.¹⁰⁴ Een belangrijk verschil is echter de wijze waarop dat resultaat wordt bereikt. Van Ommeren stelt dat er in ons recht een algemene rechtsnorm is die voorschrijft dat overheden verplicht zijn om voor de verdeling van schaarse publieke rechten enige ‘mededingingsruimte’ te scheppen, ook in die gevallen dat er geen (specifieke) wettelijke voorschriften zijn die daartoe dwingen. Uit deze verplichting – waarvan het oogmerk is de potentieel in het schaarse recht geïnteresseerden een gelijke kans op dat recht te geven – vloeit zijns inziens voor de betrokken overheid een transparantieplicht voort: de overheid dient de potentieel in het schaarse recht geïnteresseerden tijdig en adequaat van de beschikbaarheid van het recht op de hoogte te stellen. Het verschil in benadering valt mijns inziens te verklaren door het feit dat – zoals Van Ommeren laat zien – uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie weliswaar de verplichting van overheden tot het oproepen van mededinging valt te destilleren, maar dat dat veel lastiger ligt voor wat betreft de transparantieplicht. Ten aanzien van de aanbestedingsplicht van overheden met betrekking tot overeenkomsten die niet onder het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, maar wel een grensoverschrijdend belang hebben, ligt de zaak als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit moment precies omgekeerd. Wat beide benadering mijns inziens met elkaar gemeen hebben, is dat zij laten zien dat de (transparantie)verplichting en de verplichting om – door het bieden van gelijke kansen – mededinging op te roepen, twee kanten van dezelfde medaille zijn.

De analyse van Van Ommeren zal veel aanbestedingsjuristen overigens nieuwsgierig maken naar de mogelijke bestuursrechtelijke grondslag van de verplichting tot het oproepen van mededinging ter zake van de door hem besproken schaarse publieke rechten. Op dit moment is in het aanbestedingsrecht namelijk een debat gaande over de vraag hoe om te gaan met het voornemen van een overheid om een opdracht te verstrekken die geen grensoverschrijdend belang heeft. Europeesrechtelijk gezien bestaat in dat geval immers geen transparantieplicht en – in het verlengde daarvan – evenmin een verplichting tot het oproepen van mededinging waarmee het bieden van gelijke kansen aan de in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen wordt beoogd. Wie in zo’n geval toch dergelijke verplichting(en) voor de betrokken overheid zou willen construeren, zal moeten terugvallen

¹⁰³ Vergelijk ook Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 155-156.

¹⁰⁴ Zie *par.* 3.2 van diens bijdrage.

op een nationale bestuursrechtelijke grondslag. In de door Van Ommeren geanalyseerde bestuursrechtelijke jurisprudentie treft men wat dat betreft verwijzingen naar verschillende beginselen aan: het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Wat hem vervolgens verbaast, is dat in die jurisprudentie het gelijkheidsbeginsel – zijns inziens ten onrechte – over het hoofd wordt gezien. Ik volsta hier met de opmerking dat die verbazing denk ik terecht is, aangezien het gelijkheidsbeginsel – in de context van aanbestedingen door de overheid – in de (privaatrechtelijke) doctrine al vele decennia met overtuiging naar voren wordt geschoven als mogelijke grondslag voor de hier besproken verplichting.¹⁰⁵

Dat brengt mij de eventuele betekenis van de beginselen van aanbestedingsrecht voor de tweede hierboven gestelde vraag: welke procedure mag een overheid hanteren wanneer zij tot aanbesteden is verplicht? Uit de bijdrage van Van Ommeren aan deze bundel kan worden opgemaakt dat de zojuist besproken twee verplichtingen – met inbegrip van de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeginselen – die als twee zijden van dezelfde medaille kunnen worden aangemerkt, geen rechtens relevante betekenis hebben voor het soort procedure dat een overheid moet hanteren bij het verdelen van een schaars publiek recht.¹⁰⁶

Uiteindelijk is immers inherent aan alle belangrijke verdelingsprocedures¹⁰⁷ dat de daaraan deelnemende aanvragers dezelfde gelijke kans op het verwerven van het schaarse recht krijgen. Bezien vanuit de optiek van het gereguleerde aanbestedingsrecht is deze kwestie niet zo relevant, nu in het Bao en het Bass immers is voorgeschreven dat een aanbestedingsplichtige overheid een *aanbestedingsprocedure* zal moeten hanteren.¹⁰⁸ Zoals uit *par. 3.4* hierboven kan worden opgemaakt, valt de aanbestedingsprocedure – afhankelijk van het door de aanbesteder gekozen gunningscriterium – aan te merken als een (omgekeerde) veiling waarvan de vergelijkende toets ten aanzien van de kwalitatieve aspecten van de aanbiedingen een onderdeel kan vormen.

Ik ben niet nagegaan waarom in het gereguleerde aanbestedingsrecht in plaats van deze verdelingsprocedure(s) niet is gekozen hetzij voor de procedure van wie het eerst komt, die het eerst maalt, hetzij voor de procedure van loting. Het antwoord op die vraag laat zich denk ik gemakkelijk raden. Kern van de zaak is dat een aanbestedende overheid een zo doelmatig mogelijke besteding van haar middelen zal nastreven. Dat betekent dat zij behoefte zal hebben aan een verdelingsprocedure waarmee die aanbidding uit de markt

¹⁰⁵ Zo ook Hebly en Manunza in hun recente preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht, zie: J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid' en E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet. Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht Nr. 38*, Den Haag: IBR 2010, p. 15-18 en p. 68-69, met vele literatuurverwijzingen. Zie voor schaarse publieke rechten Van Ommeren 2004, p. 45.

¹⁰⁶ Zie *par. 3.5* van diens bijdrage.

¹⁰⁷ Zie *par. 3.4* hierboven alsook de bijdrage van Wolswinkel aan deze bundel.

¹⁰⁸ Zie *par. 2.3* hierboven.

kan worden geselecteerd die in termen van prijs/kwaliteitverhouding de meeste voordelen oplevert. Dat doel valt niet te verwezenlijken wanneer zou worden geopteerd voor de procedure van wie het eerst komt, die het eerst maalt, dan wel de procedure van loting. Terzijde merk ik nog op dat de betreffende overheid natuurlijk niet alleen zal willen contracteren met een onderneming van wie het aanbod als beste uit de bus komt maar die ook overigens in alle relevante opzichten over de kwaliteiten beschikt die noodzakelijk zijn om de uitvoering van de overeenkomst tot een goed einde te brengen. Dat betekent dat de beoordeling van de kwalitatieve geschiktheid van de ondernemingen een onderdeel van de verdelingsprocedure zal moeten zijn. *Die* omstandigheid vormt op zichzelf echter geen reden om de procedure van wie het eerst komt, die het eerst maalt en de procedure van loting als adequate verdelingsprocedures te laten afvallen. De mate van kwalitatieve geschiktheid van de aan een aanbestedingprocedure deelnemende ondernemingen is immers geen bepalend verdelingscriterium.¹⁰⁹

Daarmee ben ik tot slot aangekomen bij de betekenis van de beginselen van aanbestedingsrecht voor de derde hierboven gestelde vraag: hoe moet de procedure vervolgens worden voorbereid, ingericht en afgewikkeld en wat kan daarover worden opgemerkt met betrekking tot de verdeling van schaarse publieke rechten? Daarover kan ik betrekkelijk kort zijn. Zoals ik hierboven heb laten zien, zal een overheidsaanbesteder in het kader van een aanbestedingsprocedure tal van beslissingen moeten nemen.¹¹⁰ Daarbij zal hij dan de naleving van het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling als leidraad moeten nemen.¹¹¹ De aanbesteder zal dat moeten doen door het zogenoemde transparantiebeginsel in acht te nemen.¹¹² De betekenis daarvan komt vooral tot uitdrukking in de context van de door de aanbesteder in de vraagspecificatie gestelde eisen, de (facultatieve) uitsluitingsgronden, de kwalitatieve geschiktheidseisen, eventuele nadere selectiecriteria en de gunningscriteria.¹¹³ In de kern genomen brengt het transparantiebeginsel mee dat de aanbesteder deze eisen en criteria vooraf – lees: alvorens ze toe te passen – objectief en eenduidig formuleert en vervolgens openbaar maakt en daarna overgaat tot toepassing daarvan conform de objectieve en eenduidige uitleg die aan die eisen en criteria dient te worden gegeven.¹¹⁴

109 Dat is alleen anders in het bijzondere gevaltype dat ik besprak aan het einde van *par. 3.4*. Daarin beperkt de aanbesteder in een afzonderlijke verdelingsprocedure door middel van ‘shortlisting’ – hetgeen kan geschieden op basis van het verdelingscriterium van de mate van geschiktheid – de groep van gekwalificeerde ondernemingen die tot het doen van een aanbieding zullen worden uitgenodigd.

110 Zie *par. 2.4*.

111 Zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 29.

112 Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 29-30.

113 Het gereguleerde aanbestedingsrecht bevat wat dat betreft gedetailleerde voorschriften die in belangrijke mate op het transparantiebeginsel kunnen worden teruggevoerd.

114 Dat houdt tevens in dat die eisen en criteria in beginsel niet tussentijds kunnen worden aangepast, wanneer daardoor het risico ontstaat dat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van gelijke behandeling.

Als ik het goed zie, wordt de onverkorte toepassing van het transparantiebeginsel in het kader van de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van verdelingsprocedures, die betrekking hebben op schaarse (publieke) rechten, in bestuursrechtelijke kringen enigszins problematisch geacht nu dat beginsel (nog) niet als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur wordt erkend.¹¹⁵ Ik volsta hier met de opmerking dat de civielrechtelijke jurisprudentie geen problemen heeft met de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie op gevallen waarin overheden een op een aanbestedingsprocedure gelijkende procedure organiseren voor de verdeling van schaarse rechten.¹¹⁶ De verplichting tot naleving van die beginselen wordt zo nodig op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelf gebaseerd.¹¹⁷

Een belangrijk beginsel waarop ik tot slot nog de aandacht wil vestigen en dat in het debat over de verdeling van schaarse publieke rechten mogelijk wat onderbelicht blijft, is het proportionaliteitsbeginsel.¹¹⁸ Dat beginsel is vooral relevant in de context van de door de aanbesteder gestelde kwalitatieve geschiktheidseisen waaraan ondernemingen, die in de aanbestede opdracht zijn geïnteresseerd, moeten voldoen om voor gunning in aanmerking te komen.¹¹⁹ Ook de verwezenlijking van dit beginsel staat uiteindelijk ten dienste aan het gelijkheidsbeginsel: disproportionele kwalitatieve geschiktheidseisen werpen immers een – te grote – drempel op voor sommige ondernemingen die voor de overheidsopdracht in aanmerking wensen te komen.¹²⁰

4 BESLUIT

In deze bijdrage ben ik nagegaan hoe de aanbesteding van overheidsopdrachten, meer in het bijzonder de regulering daarvan, zich verhoudt tot het fenomeen van de verdeling van schaarse publieke rechten. Hoewel het gereguleerde aanbestedingsrecht zich hoofdzakelijk richt op privaatrechtelijke overeenkomsten met betrekking tot het leveren van goederen, diensten en werken, biedt het naar mijn mening inzichten die mogelijk interessant zijn

115 Zie *par. 5.4* van de bijdrage aan deze bundel van Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel, met verwijzing naar de bijdrage van Drahmann.

116 Zie voor een overzicht Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 33-34.

117 Zie nogmaals Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJN: BO2080, r.o. 6.

118 In hun afzonderlijke bespreking van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht onderscheiden Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys dit beginsel niet, zie Pijnacker Hordijk/Van der Bend/Van Nouhuys 2009, p. 29-32. Elders in hun boek identificeren zij het proportionaliteitsbeginsel wel, maar dan als algemeen rechtsbeginsel, zie vooral p. 291 en p. 316.

119 Zie ook *par. 3.3* hiervoor.

120 Het is overigens voor discussie vatbaar of de betekenis van het proportionaliteitsbeginsel beperkt is tot de aanbesteding van overheidscontracten die een grensoverschrijdend belang vertonen, zie Jansen, Preadvies NVvA 2009, p. 75-77.

voor verder onderzoek naar de thematiek van de verdeling van schaarse publieke rechten. Ik noem hier de belangrijkste.

De verplichting van een overheid om alle ondernemingen, die eventueel zijn geïnteresseerd in een overheidsopdracht, in staat te stellen daarvoor in aanmerking te komen, is niet problematisch voor zover die opdracht hetzij binnen de reikwijdte van de in het Bao en het Bass geïmplementeerde aanbestedingsrichtlijnen valt, hetzij een grensoverschrijdend belang vertegenwoordigt. Problematisch wordt het pas, wanneer ook dat laatste niet langer meer het geval is. Dan rijst namelijk de vraag naar de grondslag van de hiervoor bedoelde verplichting. Die vraag vertoont wat dat betreft gelijkenis met de vraag die in het bestuursrecht wordt gesteld ten aanzien van de grondslag van de verplichting van overheden om – zoals Van Ommeren het aanduidt – voor de verdeling van schaarse publieke rechten enige ‘mededingingsruimte’ te scheppen, in die gevallen dat er geen (specifieke) wettelijke voorschriften zijn die daartoe dwingen. Voor beide gevaltypen zou kunnen worden betoogd dat de grondslag van de verplichting, met inbegrip van de verplichting om de potentieel in het schaarse recht geïnteresseerden tijdig en adequaat van de beschikbaarheid van het recht op de hoogte te stellen, mogelijk te vinden is in het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Ongeacht of komt vast te staan dat de overheid in algemene zin tot de zojuist genoemde verplichtingen is gehouden, is het van belang helder te krijgen welke entiteiten uiteindelijk verplicht zijn tot het toepassen van een op verdeling van schaarse publieke rechten gerichte procedure. De ervaring met het gereguleerde aanbestedingsrecht leert namelijk dat normadressaten eventuele onduidelijke normen niet welwillend in de richting van een verdelingsplicht zullen interpreteren.

Wanneer een overheid tot aanbesteden verplicht is op grond van het gereguleerde aanbestedingsrecht, moet zij voor de uitvoering daarvan een aanbestedingsprocedure hanteren. Bezien vanuit het perspectief van te onderscheiden verdelingsprocedures valt die procedure in de kern te kwalificeren als hetzij een (omgekeerde) veiling, hetzij een (omgekeerde) veiling waarvan de vergelijkende toets ten aanzien van de door de ondernemingen aangeboden kwaliteit van de aanbiedingen een onderdeel vormt.

Bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een aanbestedingsprocedure heeft een overheidsaanbesteder zich allereerst te gedragen conform het gelijkheidsbeginsel als beginsel van aanbestedingsrecht en – in het verlengde daarvan – het transparantiebeginsel. Dat laatstgenoemde beginsel van aanbestedingsrecht lijkt in de context van de verdeling van schaarse publieke rechten bestuursrechtelijk problematisch, aangezien het transparantiebeginsel niet als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur wordt erkend. Anderzijds is het zo dat in de civielrechtelijke jurisprudentie inmiddels is erkend dat wanneer een overheid – vrijwillig – tot aanbesteden overgaat, de verplichting tot naleving van het transparantiebeginsel niet in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur behoeft te worden ‘ingelesen’, doch rechtstreeks op die beginselen zelf kan worden gebaseerd.

Het in het gereguleerde aanbestedingsrecht geldende algemeen beginsel dat kwalitatieve geschiktheidseisen proportioneel moeten zijn, biedt mogelijk inzichten voor de inrichting van verdelingsprocedures ter zake van schaarse publieke rechten waarbij het voor de verdelende instantie van belang is dat aanvragers over bepaalde kerncompetenties beschikken. Die inzichten bieden wellicht een oplossing voor het vraagstuk van nieuwkomers voor wie het lastig kan zijn om toe te treden tot een markt waarop schaarse publieke rechten worden verdeeld.

Een inzicht dat niet uit de voorgaande analyse voortvloeit, maar dat ik tot slot graag nog zou willen delen, is het volgende. Over het gereguleerde aanbestedingsrecht wordt veel beweerd. Een van die beweringen is dat het (mede) de oorzaak zou zijn van het feit dat overheidsaanbesteders er maar moeilijk in slagen goederen, diensten en werken zo doelmatig mogelijk in te kopen. Het aanbestedingsrecht zou daar als een dwingend keurslijf aan in de weg staan, in de zin dat het aanbesteders zou verhinderen bij de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van aanbestedingsprocedures die beslissingen te nemen die voor een doelmatige inkoop nodig zijn. Die bewering is mijns inziens onjuist. Het gereguleerde aanbestedingsrecht is geen dwingend keurslijf, maar biedt aanbesteders juist veel ruimte om beslissingen te nemen waarmee tegemoet kan worden gekomen aan alle belangen die in de context van de aanbesteding van een overheidsopdracht spelen. Waar het probleem met name lijkt te zitten, is hoe aanbesteders vervolgens met die ruimte omgaan. Wat velen zien als een probleem van aanbestedingsrecht, lijkt in werkelijkheid vooral een probleem van aanbestedingsbeleid te zijn. Dat beleid is niet altijd voldoende professioneel. Van professioneel aanbestedingsbeleid is pas sprake wanneer een aanbestedingsprocedure op een dusdanige manier wordt voorbereid, ingericht en afgewikkeld dat daardoor alle in het geding zijnde belangen op een zo juridisch verantwoorde en doelmatig mogelijke manier worden gediend. Dat lijkt me een inzicht dat mogelijk ook relevant is voor diegenen die zich bezighouden met vraagstukken van (regulering van) verdeling van schaarse publieke rechten. Het is niet voldoende om te voorzien in regels waarmee wordt bewerkstelligd dat aanvragers van rechten allen dezelfde gelijke kans op het verwerven van zo'n recht verkrijgen. In aanvulling daarop zal ook moeten worden nagedacht over flankerend professioneel 'verdelingsbeleid'. Verdeling van schaarse publieke rechten gaat immers over meer dan alleen het waarborgen van gelijke kansen.¹²¹

¹²¹ Zie ook Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad 2009, p. 24 e.v.